

Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (cuarta entrega).

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en EL Derecho los 5, 12, 19 y 26 de abril y 5 de mayo de 2018. En este caso se hace en siete entregas siendo esta la cuarta.

Sumario: Primera entrega: 1. Una excusa para comprobar de dónde viene, donde está y hacia dónde se dirige el Derecho Concursal. 2. Para qué debiera servir el sistema legal concursal? 3. Otra vez sobre el A-B-C de la economía capitalista y la función que debiera cumplir el régimen concursal. 4. Breve introducción histórica sobre la extensión de la quiebra. 5. Plan de acción.

Segunda entrega: 6. Setenta y cinco años de Derecho Concursal italiano.

Tercera entrega: 7. Francia.

Cuarta entrega: 8. España.

Quinta entrega: 9. La *substantive consolidation* estadounidense.

Sexta entrega: 10. Argentina.

Séptima entrega: 11. Otra razón para desprenderse de la actual normativa de los arts. 160 y siguientes LCQ: terminar con las aventuras procesales. 12. Otra razón para desprenderse de la actual normativa de los arts. 160 y siguientes LCQ: terminar con las aventuras procesales. 13. La realidad en números: ¿estamos mejor que otros regímenes concursales en los cuales la extensión de quiebra no existe o está limitada a su mínima expresión? 14. Dónde queda el norte?

Cuarta entrega:

8.- España.

8.1. Transitando el camino que partió de la matriz italiana y francesa y que va hacia el modelo estadounidense.

El art. 923 del Código de Comercio español de 1823 (texto que se mantuvo en el Código de 1889) disponía que “la quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria, conforme a los artículos 127 y 148 de este Código”¹.

Es inocultable la similitud de esa norma con la del art. 847 del Código de Comercio italiano de 1882 (ya comentado en este estudio), lo que viene a demostrar que ambos son fruto de las mismas fuentes. De hecho se notan rastros del ordenamiento francés que tenía una regla parecida².

Como suele ocurrir, también en España las modificaciones al régimen concursal vinieron después (en ocasiones, bastante después) de sendas crisis financieras masivas.

Por eso el ordenamiento concursal español, que hasta entonces contaba con una normativa ciertamente arcaica, sufrió una profunda innovación con la ley 22/2003³.

Todos los procedimientos concursales anteriores (quiebra, suspensión de pagos, quita y espera, y concurso de acreedores⁴) quedaron unificados en lo que, desde entonces, se llama simplemente **concurso**⁵. Sus reglas fueron radicalmente remozadas.

Otra renovación del ordenamiento concursal español tuvo lugar con la ley 38/2011, y,

¹ Al respecto: Gonzalo López, Vicente, “Sobre el problema de la extensión de la quiebra al socio comanditario”, en “Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos”, ed. Universidad de Cantabria, pág. 320.

² Gozalo López, Vicente, “La quiebra por extensión”, ed. Colegios Notariales España, pág. 179; Sánchez Calero, Fernando, “Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos”, Revista de Derecho Mercantil, nº 21, año 1956, pág. 7.

³ Que es el punto final de una sinuosa sucesión de proyectos de reforma, cuestión que puede verse en: Rojo Fernández Río, Ángel J., “La reforma del Derecho Concursal italiano y el Derecho Concursal español (un apunte de Derecho Comparado desde una perspectiva española)”, rev. “Anuario de Derecho Concursal”, nº 10, año 2007, pág. 315.

⁴ Algunos de esos procedimientos de insolvencia eran sólo para comerciantes, que fueron los más comunes; en tanto que otros eran para los deudores no-comerciantes (Olivencia, Manuel, “Crisis económica, suspensión de pagos, quiebra y concurso”, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-02-08-2008/abc/Nacional/crisis-economica-suspension-de-pagos-quiebra-y-concurso_803592169234.html).

⁵ Sin embargo, los acuerdos concursales se dan con poca frecuencia. La expectativas de recuperación de los créditos de los acreedores quirografarios ronda el 50% (Estadística Concursal España año 2014, https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf).

Eso, a pesar que, antes de la entrada en vigencia del Real Decreto-ley 11/2014, la ley limitaba los acuerdos de quita a la mitad de su importe, no pudiendo superar la espera el plazo de cinco años. La reforma suprimió los límites de quita y espera en las propuestas anticipadas. Sin embargo, se mantuvieron los topes del 50% de quita y cinco años de espera cuando el acuerdo consiga la adhesión de los acreedores titulares de entre el 50% y el 65% del pasivo ordinario. En términos genéricos puede decirse que el sistema ha fracasado (van Hemmen, Stefan F., “Disolución y apertura de la liquidación, societaria o concursal”, rev. Economía y Derecho, nº 151, marzo/2017, pág. 116; Sánchez-Calero Guilarte, Juan, “El fin del concurso y el del convenio”, <http://eprints.ucm.es/36110/1/E-print-El%20fin%20del%20concurso%20y%20el%20del%20convenio.pdf>).

luego, con el Real Decreto-ley 11/2014 y la ley 9/2015 de Medidas Urgentes en Materia Concursal que, parcialmente, también salió del molde estadounidense.

Todo eso está actualmente en revisión⁶, pues en el año 2017, para adaptarse al Reglamento de Insolvencia comunitario de 2015⁷, apareció una propuesta⁸ de Real Decreto Legislativo por la que se aprobaría el texto refundido de la ley concursal⁹.

En el régimen español vigente no se admite que alguien sea concursado si no está en cesación de pagos. Requiere, al menos, una situación de insolvencia inminente (art. 2 LC)¹⁰.

Ello es particularmente relevante respecto de las sociedades integrantes de un grupo de empresas. Siguiendo a la CNUDMI, sólo se permite la declaración conjunta de concursos cuando cada uno de los deudores cumple con el presupuesto objetivo de la insolvencia¹¹.

Lo que para nosotros es una cuestión de extensión de la quiebra para la Ley española es la solución para un problema de coordinación procesal: el que ocasionan algunos supuestos en los cuales es complicado llevar por separado concursos de dos o más personas¹².

Ahora la Ley de Concursos española estatuye:

Art. 25: “**Declaración conjunta de concurso de varios deudores.**

⁶ Molina, Carlos, “Justicia reclama una nueva reforma de la ley concursal”, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/05/11/companias/1494499184_613545.html; Saiz, Laura, “La reforma de la ley concursal, a debate”, <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/11/29/5a1efbfa46163fa3668b45a6.html>.

⁷ Gil Pecharromán, Xavier, “La Ley Concursal española ya debería estar adaptada al Reglamento de la UE”, <http://www.economista.es/legislacion/noticias/8360722/05/17/La-Ley-Concursal-espanola-ya-deberia-estar-adaptada-al-Reglamento-de-la-UE.html>.

⁸ Que puede leerse en: <http://www.insolnet.es/wp-content/uploads/2017/04/TEXTO-REFUNDIDO-DE-LA-LEY-CONCURSAL-06-03-2017.pdf>.

⁹ Ochoa, Igor, “Cambios en la ley concursal. El gran salto de 2017”, <https://igorochoa.net/2017/05/05/cambios-en-la-ley-concursal-el-gran-salto-de-2017/>.

¹⁰ Flores Segura, Marta, “Los concursos conexos” (tesis doctoral), https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/666833/flores_segura_marta.pdf?sequence=1

¹¹ Así se establece en la recomendación 199: «El régimen de la insolvencia tal vez especifique que se podrá presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, **cada uno de los cuales deberá satisfacer las condiciones exigibles para la apertura de un procedimiento**».

¹² Algunas expresiones de la Doctrina proponen más reformas al respecto. Así: Sebastián, Rafael, “La insolvencia de los grupos de sociedades: una reforma pendiente”, https://www.fef.es/publicaciones/.../461_91f3c2889b679ab6c22cb47b79116e1a.html.

1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades.
2. El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades¹³.
3. El juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.
4. Será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.

Art. 25 bis. Acumulación de concursos.

1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes:
 - 1º De quienes formen parte de un grupo de sociedades.
 - 2º De quienes tuvieren sus patrimonios confundidos.
 - 3º De los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica.
 - 4º De quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta.
 - 5º De los cónyuges.
 - 6º De la pareja de hecho inscrita, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3.

¹³ El texto de este inciso corresponde a la redacción que le dio la ley 38/2011, la que, a su vez, suprimió el art. 3.5 LC que establecía que “el acreedor podrá instar la declaración conjunta de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad de toma de decisiones”.

2. En defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado.
3. La acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados. En ese caso, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

Artículo 25 ter. Tramitación coordinada de los concursos.

1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas.
2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

En suma, las normas transcriptas, como abiertamente se ha reconocido, han seguido el camino de la ya mencionada propuesta de reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia del 12/12/2012 (2012/0360), haciendo suyo el sistema de **consolidación sustantiva** y de **consolidación procesal** en casos de concursos conexos o grupales¹⁴ y de **levantamiento del velo societario**¹⁵ del Derecho estadounidense.

8.2. Los desarreglos de la Doctrina y de la Jurisprudencia.

A pesar de la simplicidad de las normas transcriptas, la Doctrina y la Jurisprudencia

¹⁴ Enrech Larrea, Eduardo A., "Declaración conjunta de concursos", en Martín Molina, Pedro B., Lopo López, M^a Antonia y Carre Díaz-Gálvez, José M^a del (coordinadores), "El procedimiento concursal en toda su dimensión", ed. Librería-Editorial Dykinson, pág. 108; Sánchez-Calero, Juan y Fuentes, Mónica, "La insolvencia de los grupos: Los trabajos de la CNUDMI y el Derecho Concursal español", rev. Anuario de Derecho Concursal, nº 22, año 2011, pág. 9; Vélaz Negueruela, José L., "Concursos conexos y conclusión del concurso por insuficiencia de masa tras la reforma de la Ley Concursal", http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Concursos-conclusion-insuficiencia-Ley-Concursal_11_371305005.html.

¹⁵ López Bustabah, Ignacio J., "La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona", Revista de Derecho Mercantil, cit.

españolas se las ingeniaron para complicarlas y llevarlas en otra dirección pues, aunque sólo para ampliar las fronteras de la responsabilidad por daños (no para extender el estado concursal a terceros), también allí se rindieron al embrujo de, entre otras, las teorías del **levantamiento del velo**¹⁶, del *alter ego*¹⁷ y de la infracapitalización¹⁸, con lo cual se terminó tergiversando lo que dice la Ley¹⁹.

Tan es así que se llegó a poner en duda si las causales legales que conducen a esa responsabilidad calificada constituyen un *numerus clausus*²⁰.

Ello venía ocurriendo desde antes de la reforma del año 2011²¹, pero se agravó en los últimos tiempos²².

¹⁶ Por ejemplo: Alfaro Águila Real, Jesús, “Lecciones de personalidad jurídica y levantamiento del velo (I)”, rev. Almacén del Derecho, noviembre/2015; del mismo autor: “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, año 2016; De Ángel Yáguez, Ricardo, “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia”, ed. Aranzadi; Paz-Ares, Cándido, “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación”, en “Curso de Derecho Mercantil. I”, 2ª ed., ed. Aranzadi, pág. 548; De la Iglesia Monje, Mª Isabel, “Levantamiento del velo de personas jurídicas”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año nº 83, nº 699, 2007, pág. 303; Estival Alonso, Luis, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Problemas formales y materiales”, Revista Actualidad Civil nº 7, año 2007, pág. 743; López Bustabah, Ignacio J., “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona”, Revista de Derecho Mercantil, año 2015, pág. 53; Infantes Pena, Belén, “Fraude de ley, abuso del derecho y teoría del levantamiento del velo”, rev. Efficient Iuris F&B, <http://www.efficientiurisfrb.com/apps/blog/categories/show/1891009-sociedades>.

¹⁷ Quijano González, Jesús, “La responsabilidad concursal tras la reforma de 2011”, ponencia presentada ante el Xº Seminario Harvard-Complutense, 24, 25 y 26 de septiembre de 2012, http://eprints.ucm.es/17411/1/RESPONSABILIDAD_concursal__eprint_Quijano_2.pdf

¹⁸ En eso también nos parecemos: Rubín, Miguel E., “La infracapitalización ‘argentinizada’: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición”, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y la Empresa, año III, nº 3, junio/2011, pág. 153.

¹⁹ Salvador Coderch, Pablo, Ruiz García, J. Antonio, Piñeiro Salguero, José y Rubí Puig, Antoni, “Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital. En torno a “Meyer v. Holley et al.” (537 U.S. 280 (2003))”, Working Paper nº 145, julio/2003, rev. InDret 3/2003, http://www.indret.com/pdf/145_es.pdf.

²⁰ Flores Segura, Marta, “Los concursos conexos” (tesis doctoral), cit.

²¹ Olivencia Ruiz, Manuel, “La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio”, en “Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría”, ed. Civitas, pág. 508; Gozalo López, Vicente, “La quiebra por extensión” (tesis doctoral), cit, pág. 26.

²² En España, el ánimo persecutorio en materia concursal aflora en diversos escenarios. En esa dirección, para castigar a los delitos vinculados a la insolvencia, en el año 2015 se modificó el art. 259 del Código Penal. Los comentaristas de dicha innovación destacaron que la intención del legislador fue proteger los intereses de los acreedores desde antes de la declaración del concurso del deudor, incluso frente a una situación de “insolvencia actual o inminente”. El nuevo delito de insolvencia es considerado delito de peligro. Además, los hechos punibles han sido ampliados. El mero hecho de no llevar contabilidad es considerado falta penal (Fortuny, Miquel, “La nueva insolvencia punible, un riesgo delictivo para las empresas y su responsabilidad penal”, <http://www.complia.es/blog/la-nueva-insolvencia-punible-un-riesgo-delictivo-para-las-empr.html>).

....

También en España las especulaciones sobre la personalidad jurídica de las sociedades sirvieron de fuente de inspiración para esparcir responsabilidades.

Es importante tener en cuenta que, conforme el art. 1669 del Código Civil, la sociedad creada por contrato tiene personalidad jurídica²³, y sólo carece de ella si el contrato permanece secreto entre las partes, es decir, si no trasciende a terceros²⁴.

Ergo, teniendo personalidad jurídica, debe inferirse que, para la Ley, la sociedad cuenta con un patrimonio propio; y, si tiene un patrimonio propio, en principio, los socios no debieran ser quienes solventen los compromisos sociales con su peculio.

Empero, fue a partir del segundo párrafo del referido art. 1669 CCiv (que remite a las normas de la copropiedad) que la Doctrina y la Jurisprudencia han delineado una compleja interpretación de la sociedad irregular²⁵.

Paralelamente hubo una disputa entre la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁶ (que declaró que la inscripción en el registro público es requisito necesario para que la sociedad goce de personalidad jurídica²⁷) y el Tribunal Supremo que, apoyándose en el art. 22 de la Constitución (que expresamente prevé que la inscripción en el registro se establece únicamente para darle publicidad a los actos), se pronunció a favor de la personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita²⁸.

²³ Hay que tener en cuenta que en España existen algo más de tres millones de empresas y, entre ellas, cerca de la mitad no tienen personalidad jurídica. El Instituto Nacional de Estadística, hace diez años, informó que cada año cesan su actividad unas 80.000 empresas con personalidad jurídica, un número muy superior a las que declaran concurso (van Hemmen, Esteban F., "Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores", <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/09/May/Fic/ief0616.pdf>).

²⁴ Martínez-Escribano Serrano, M^a Teresa, "Abuso de la persona jurídica. Construcción doctrinal y remedios prácticos", docplayer.es/57737165-Abuso-de-la-persona-juridica.html

²⁵ Sobre el particular: Quesada Sánchez, Antonio J., "Análisis histórico-jurídico del artículo 1669 del Código Civil' español", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n^o XXXII, 1^o semestre/2009, pág. 169.

²⁶ Resoluciones del 31/03/1997 y 11/04/1997 y, luego, la del 25/06/2012.

²⁷ Debo advertir que, respecto de las sociedades mercantiles, para afianzar la seguridad del tráfico, se requiere cierta publicidad y registración (art. 139 del Código de Comercio y art. 33 de la Ley de Sociedades de Capital); exigencia que no existe para las sociedades civiles, aunque adopten formas mercantiles.

²⁸ Sentencia del 07/03/2012 6 STS 100/2012, ROJ: 1063/2012, http://www.supercontable.com/envios/sentencias_boletin/STS_CIVIL_BOLETIN_15_2012.pdf.

Sea como fuere, el reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades (entendido como eje de la limitación de responsabilidad de sus socios y directivos) para una amplia franja de la Doctrina que busca perseguir a los socios, a los directivos y a los terceros por las deudas de una sociedad, es bastante acotado.

¿Dónde encuentra justificación técnica esa postura? El punto de partida consiste en concebir a la personalidad jurídica como un derecho. Luego, si es un derecho, se puede abusar de él o puede ser ejercido de manera ilegítima.

No importa que ni la ley societaria, ni el Código de Comercio, ni la ley concursal contengan normas al respecto. Para ello basta remitir a las muy amplias nociones de **fraude y abuso del derecho** de los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil²⁹.

Por si las mentadas disposiciones legales no fueran lo suficientemente elásticas, la Jurisprudencia las estiró bastante más, llegando a tolerar que algunos requisitos de esas normas sean olvidados o, por lo menos, interpretados con magnanimidad.

En esa orientación, algunos jueces, acudiendo a la doctrina de la **desestimación de la personalidad** (que fue empleada por primera vez en un recordado caso del año 1984³⁰), llegaron a decidir que puede perseguirse a la controlante por actos fraudulentos encaminados a perjudicar a los terceros cuando haya “operaciones vinculadas” entre ella y la sociedad controlada³¹.

Ese tipo de especulaciones fue empleado en supuestos en los cuales el controlante es una persona física³², o cuando hubo de por medio una relación familiar³³.

²⁹ Art.6.4 CC: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Art.7.2 CC: “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

³⁰ STS 1196/1984, ROJ: 1196/1984-ECLI:ES:TS:1984:1196. En cambio la primera sentencia en la cual el Tribunal Supremo habló del “corrimiento del velo” fue la del 13/12/1996, 14 STS 1051/1996, ROJ: 7184/1996 - ECLI:ES:TS:1996:7184.

³¹ Sentencia STS 83/2011, ROJ: STS 721/2011, citada por Pinto Rodríguez, Iván, “Responsabilidad concursal del administrador social”, http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/67951/1/TFM_ivan%20pinto%20rodriguez.pdf.

³² SAP de Madrid 21/2017, 20/01/2017, ROJ: SAP M 874/2017, ECLI:ES:APM:2017:874. Cendoj.

³³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29/09/2016, STS 4177/2016, ECLI:ES:TS:2016:4177, Id Cendoj: 28079110012016100543, http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/7830876/Levantamiento%20del%20velo/20161005

De allí a dictar sentencias condenatorias por empleo de la doctrina de la **infracapitalización**³⁴ (que, como bien se destacó, tampoco está legislada en España³⁵) no hubo más que un paso.

Con la misma facilidad y orfandad legal se llegó a la responsabilidad por **confusión patrimonial**; doctrina que, como entre nosotros, comenzó aplicándose a casos de poca monta para después ser trasplantada al territorio de los grupos empresarios³⁶.

Todas esas ideas aprovecharon la anchura con la cual la ley 16/2007 caracterizó a la noción de “grupo de sociedades” en el art. 42 del Código de Comercio³⁷.

Las cosas se complicaron más cuando la ley 38/2011 introdujo una Disposición Adicional Sexta a la Ley Concursal, por la cual “a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio”.

No extraña entonces que, en una sentencia reciente, el Tribunal Supremo³⁸, confirmando y ampliando su doctrina sobre **grupo de sociedades** a los efectos concursales, haya aclarado que esa noción ya no tiene que ver con una “unidad de decisión” sino con la existencia de una “situación de control”, que es lo que prevé el aludido art. 42.1 del Código de Comercio³⁹. Ello sirvió para añadir una serie de supuestos en los cuales se presume *-juris tantum-* ese control.

De ese modo se abarcaron tanto a las situaciones de **control externo** como a las de **control interno**⁴⁰.

³⁴ Por ejemplo: Tribunal Supremo, STS 4178/2013-ECLI:ES:TS:2013:4178, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6820279&links=&optimize=20130809&publicinterface=true>

³⁵ Alfaro Águila-Real, Jesús, “La infracapitalización”, <http://almacenederecho.org/la-infracapitalizacion/>.

³⁶ Con notorio desapego por los textos legales se ha llegado a utilizar esta vía en hipótesis de “sociedades ficticias cuya única finalidad sea la de evitar la extensión de la responsabilidad..” (Sebastián, Rafael, “La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal”, cit).

³⁷ Es justo aclarar que, cuando el concurso es declarado como **culpable** (arts. 164 y 165 de la LC conf. ley 22/2003) a los cómplices del deudor les cabe la responsabilidad del art. 166. Han sido considerados **cómplices** los administradores y liquidadores, tanto de hecho como de derecho e, incluso, los apoderados generales. Esos sujetos, conforme los arts. 172 y 172bis LC, son considerados solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados, los que, en ocasiones, llegan al total del déficit patrimonial de la sociedad insolvente.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 15/03/2017, STS 1479/2017-ECLI: ES:TS:2017:1479, <https://merchantadventurer.files.wordpress.com/2017/04/sts-de-15-de-marzo-de-2017.pdf>.

³⁹ “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

⁴⁰ García Martín, Fernando, “El tribunal supremo aclara y extiende el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales”, <http://www.agmabogados.com/es/tribunal-supremo-aclara-extiende-concepto-grupo-sociedades-efectos-concursales/>

Sin embargo, el Tribunal Supremo impuso algún tope a esa clase de planteos. En su sentencia del 08/11/2012⁴¹ reconoció como legítimo al concepto de **interés del grupo**⁴². Fue así como dio amparo a las operaciones del grupo que se realizaron dentro de ese marco y, por ende, desestimó reclamos de responsabilidad concursal. En esa orientación se pronunciaron sentencias ulteriores⁴³.

Con la misma finalidad, en otras decisiones, el tribunal aclaró que la responsabilidad de los directivos y los terceros en materia de grupos societarios es de excepción⁴⁴.

No obstante, son innumerables los precedentes que evidencian que los jueces todavía no le han puesto un freno adecuado al empleo de las teorías persecutorias. Tal tesitura motivó los reproches de un importante sector de la Doctrina⁴⁵.

Llama la atención el creciente número de litigios concursales en los cuales se invocan a las doctrinas de la desestimación de la personalidad, de la infracapitalización y otras análogas, cuando –reitero– la Ley Concursal española, en ninguna de las versiones de los últimos tiempos, le ofrece soporte. Por el contrario, la Ley apunta a una política claramente diversa.

⁴¹ EDJ 2012/263397.

⁴² García-Villarrubia, Manuel, “La rescisión de garantías intragrupo: el concepto de interés de grupo como causa de enervación de las presunciones de perjuicio patrimonial”, *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil* nº 6, año 2013, http://www.elderecho.com/foro_legal/mercantil/rescision-intragrupoenervacion-presunciones-patrimonial_12_517935002.html; Pérez Benítez, Jacinto J., “La rescisión de garantías intragrupo: el concepto de “interés de grupo” como causa de enervación de las presunciones de perjuicio patrimonial”, http://www.elderecho.com/foro_legal/mercantil/rescision-intragrupoenervacion-presunciones-patrimonial_12_517935002.html

⁴³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 1954/2014, Id Cendoj: 28079110012014100219, comentada por Yáñez Evangelista, Javier, “Garantías en grupos: el Supremo aclara (casi) todas las cuestiones”, <http://www.eleconomista.es/opinion-legal/noticias/5897155/06/14/Garantias-en-grupos-el-Supremo-aclara-casi-todas-las-cuestiones.html>. También: Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31/03/2017, Roj: STS 1223/2017, ECLI: ES:TS:2017:1223, Id Cendoj: 28079110012017100202, https://economistas.es/Contenido/REFor/ActualidadREFOR/STS_1%C2%AA_31.3.17_Rescision%20garantia%20contextual%20a%20soc.%20grupo_onerosa.pdf.

⁴⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28/02/2014, STS 735/2014, ECLI:ES:TS:2014:735, Id Cendoj: 28079110012014100096, http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/6991100/Levantamiento%20del%20velo/20140314.

⁴⁵ Alfaro Águila Real, Jesús, “Lecciones de personalidad jurídica y levantamiento del velo (I)”, cit.; del mismo autor: “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, cit.; Estival Alonso, Luis, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Problemas formales y materiales”, *Revista Actualidad Civil*, nº 7, año 2007, pág. 743; Paz-Ares, Cándido, “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación”, en Menéndez Menéndez, Aurelio y Uría, Rodrigo (directores), “Curso de Derecho Mercantil I”, 2ª ed., ed. Aranzadi, pág. 548.